

# *Baby-Loup, suite :*

## Le contrôle de la restriction, par l'employeur, de la liberté religieuse dans l'entreprise privée

par *Jean-François AKANDJI-KOMBÉ*, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne (1)

### PLAN

- I. Question de fondement
- II. Question de justification
- III. Question de proportionnalité

**Le temps, d'apaisement relatif, a paru propice pour revisiter la décision célèbre désormais qu'est l'arrêt *Baby Loup* du 19 mars 2013 rendue par la Chambre sociale de la Cour de cassation (1) ; en se souvenant que cette affaire est encore loin d'avoir connu son épilogue ; et en considérant qu'il y a peut-être encore place, après les nombreux commentaires doctrinaux, dont certains d'une remarquable force (2), pour une nouvelle proposition de relecture à froid à la fois de l'arrêt et de l'affaire.**

**Dans cette perspective, il n'est pas inutile d'en rappeler le cadre factuel et la substance, même s'ils sont connus. Le contentieux, on s'en souvient, portait et porte encore sur le licenciement de la salariée d'une crèche privée pour port du voile islamique constitutif, selon l'employeur, d'un manquement à une disposition du règlement intérieur de ladite crèche ainsi rédigée : « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par *Baby Loup*, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche ». Or, par l'arrêt du 19 mars, la Cour de cassation est venue casser la décision, jugeant licite le licenciement, de la Cour d'appel de Versailles, aux motifs que le principe de laïcité « n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public » ; que, instaurant une restriction générale et imprécise de la liberté religieuse, la clause litigieuse du règlement intérieur de *Baby Loup* ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail, lequel prévoit que « le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » ; qu'enfin le licenciement intervenu dans ces conditions devait être regardé comme nul parce que fondé sur un motif discriminatoire.**

(1) L'auteur est par ailleurs codirecteur du Master recherche de Droit social de Paris 1 et du Département Droit social de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS)

(1bis) PBRI, Pourvoi n° 11-28.845, reproduit ci-après p. 587. Cet arrêt est généralement associé à un autre qui en constitue en quelque sorte l'envers, rendu le même jour par la Chambre sociale de la Cour de cassation : CPAM de Seine Saint Denis, pourvoi n° 12-11.690. Cette dernière affaire étant relative à un établissement privé gérant un service public, et le choix étant de ne traiter ici que des entreprises privées qui ne sont pas dans cette situation, il ne sera question dans le présent cadre que de l'affaire *Baby Loup*.

(2) Spécialement, E. Dockès : « Liberté, laïcité, *Baby Loup* : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Droit*

*social* 2013, p. 388 ; P. Adam : « *Baby Loup* : horizons et défense d'une jurisprudence anathème », *Revue de Droit du Travail* 2013, p. 385 ; et J. Mouly : « La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz* 2013, p. 963. V. aussi, sur cet arrêt, I. Desbarats : « Affaire *Baby-Loup* : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S* 2013, 1297 ; D. Corrigan-Carsin : « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », *JCP G* 2013, 542 ; X. Dupré de Boulois : « Regard d'un publiciste sur l'arrêt *Baby Loup* », *Cahiers sociaux* 2013, p. 154 ; v. aussi le numéro spécial de *La Semaine Sociale Lamy* du 25 mars 2013, n° 1577, avec les contributions de J.-G. Huglo, R. Schwartz et V. Berger. Pour des vues plus générales, P. Mbongo : « Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses », *JCP G* 2013, doctr. 750.

Les questions juridiques tranchées par l'arrêt *Baby Loup* apparaissent ainsi clairement. Outre celle de la qualification du licenciement (3), elles portent principalement, et la doctrine quasi unanime ne s'y est pas trompée, sur le point de savoir, d'une part, si une entreprise privée qui n'est pas en charge d'un service public peut se prévaloir du principe de laïcité à l'égard de ses salariés et, d'autre part, dans quelle mesure l'employeur peut, par voie de règlement intérieur, réglementer l'exercice de la liberté religieuse dans l'entreprise. La Cour de cassation a choisi d'y apporter les réponses que l'on sait. Et il a été assez démontré que c'est à bon droit qu'elle l'a fait eu égard aux questions (re)formulées par elle. Il n'est cependant pas certain qu'ait été répondu à toutes celles que devra trancher la Cour d'appel de renvoi. Telle est la raison d'être des présentes observations.

On a choisi de les conduire en se plaçant résolument sur le terrain de la liberté religieuse

plutôt que sur celui de la laïcité. Les raisons en apparaîtront dans les lignes qui suivent.

S'agissant de restrictions apportées à l'exercice d'une liberté fondamentale qui n'a rien d'absolue, elles doivent, pour être regardées comme régulières, être prévues par l'instrument juridique adéquat (I), reposer sur des motifs légitimes (II) et être proportionnées au(x) but(s) recherché(s) (III). C'est à pareil exercice que doit s'atteler tout juge confronté à de telles mesures.

On s'attachera à chacun de ces éléments en partant d'une double considération. La première est qu'il faut, dans la recherche d'une solution juridique et juridictionnelle, s'en tenir strictement à l'état du droit et veiller à laisser au politique ce qui lui revient, à savoir l'appréciation en opportunité (4). La seconde est qu'il convient d'avoir pleinement conscience de ce que cet état du droit est frappé au sceau d'un pluralisme normatif qui n'est pas seulement celui des sources, mais aussi celui des conceptions et approches quant au fond du droit.

## I. Question de fondement

C'est là un point qui a été réglé par la Chambre sociale dans son arrêt du 19 mars, mais sur lequel il peut être utile de revenir, ne serait-ce que pour prendre la mesure de la solution retenue, qui va au-delà du cas *Baby Loup*.

Que la restriction à la liberté religieuse puisse procéder d'un règlement intérieur, voilà qui n'a guère fait difficulté devant la Cour de cassation.

Cette solution n'avait *a priori* rien d'évident cependant, surtout si on a égard à l'article 9, § 2 de la CEDH qui exige que toute ingérence dans l'exercice de cette liberté soit prévue par la loi. Le règlement intérieur pouvait-il passer pour telle ? À vrai dire, dans le débat

devant la Haute juridiction judiciaire, on s'est interrogé surtout sur le point de savoir si le règlement intérieur était le moyen adéquat pour imposer aux salariés d'une crèche privée le respect du principe de laïcité (5).

La réponse pouvait varier suivant que l'on considère que l'employeur a agi en vertu d'un pouvoir propre ou qu'il a reçu habilitation du législateur pour ce faire. Dans le premier cas, cette réponse eut été négative. En effet, s'il est vrai que la Cour EDH admet, suivant sa conception étendue – et matérielle – de la « loi » (6), que des règlements intérieurs puissent être ainsi considérés, c'est à la condition que ces actes soient édictés par des dépositaires de l'autorité publique, ce que sont assurément des chefs d'établissement

(3) On ne traitera pas de cette question dans le cadre du présent article, et tiendra pour acquis, ainsi qu'a jugé la Cour de cassation, que ce licenciement doit être regardé comme fondé sur un motif discriminatoire (motif religieux en l'occurrence). Peut-être y a-t-il lieu seulement d'écartier une certaine interprétation qui pourrait naître d'une lecture hâtive de ce passage de l'arrêt : tout licenciement pour manquement à un règlement intérieur illicite n'est pas pour autant discriminatoire (rappelons que pour la Cour, en statuant ainsi, alors « que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés »).

(4) En ce sens, Ph. Waquet : « Convient-il d'interdire le port des signes religieux dans l'entreprise ? », RDT 2009, p. 485.

(5) La raison tient sans doute au libellé de la disposition contestée du règlement intérieur en l'espèce. V. *supra*.

(6) Ainsi qu'il est rappelé dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* (10 nov. 2005, req. n° 44774/98, § 88), « en ce qui concerne l'expression « prévue par la loi » figurant aux articles 8 à 11 de la Convention, la Cour [a] toujours entendu le terme « loi » dans son acception « matérielle » et non « formelle » ; elle y a inclus à la fois du « droit écrit », comprenant aussi bien des textes de rang infra-législatif que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome et le « droit non écrit ». La « loi » doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le « droit élaboré » par les juges. En résumé, la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété ».

de l'enseignement public (7), mais non pas des employeurs d'entreprises privées.

Quant à savoir si le règlement intérieur de la crèche Baby Loup avait, en ce qui concerne l'obligation de respect de la laïcité qu'il édicte, été pris en application d'une loi, la question était de savoir ce qu'appliquer la loi veut dire dans des circonstances telles que celles de l'espèce. Fallait-il qu'il existât une loi précise ayant le même objet ou une habilitation générale pouvait-elle suffire ? La Cour d'appel avait clairement, on s'en souvient, opté pour la seconde thèse en estimant que le pouvoir de l'employeur trouvait sa source dans l'article L. 1321-1, 3° du code du travail qui prévoit que « le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe (...) les règles générales et permanentes relatives à la discipline ». La Cour de cassation fit de même, mais en rattachant le pouvoir réglementaire exercé par l'employeur en l'espèce plutôt à l'article L. 1321-3, 3° qui prévoit pour sa part que « le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Dans tous les cas, du point de vue des juges tant du fond que de cassation, le critère d'une restriction « prévue par la loi » était donc bel et bien rempli.

L'affirmation pourrait laisser dubitatif eu égard à la jurisprudence générale de la Cour européenne relative aux obligations positives, dont il résulte notamment que les États parties à la Convention doivent prendre toutes mesures positives, en particulier législatives et réglementaires, pour prévenir ou sanctionner les atteintes aux droits et libertés dans les rapports entre personnes privées (8). Le respect de cette exigence ne passait-il pas nécessairement par l'adoption d'un acte législatif définissant avec précision la mesure dans laquelle

l'employeur peut imposer à ses salariés une obligation de laïcité, voire, mieux encore, une réglementation du port des signes religieux dans l'entreprise ? Auquel cas, l'absence de telles dispositions aurait dû suffire pour conclure à l'illégalité de la clause pertinente du règlement intérieur et, partant, à l'illicéité du licenciement motivé par sa violation.

Le fait est cependant que, statuant précisément sur la teneur des obligations positives des États en matière de liberté religieuse, la Cour a pris, dans son récent arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni* (9) qui concernait des litiges entre des employeurs privés et leurs salariés, une position beaucoup moins exigeante encore que les juridictions françaises. Pour elle, en effet, l'absence de réglementation par l'État du port des signes religieux ne signifie pas qu'il y ait carence dans la protection de la liberté religieuse des intéressés. Il suffit que des voies de droit existantes permettent la contestation utile des actes constituant, aux yeux des requérants, une atteinte à celle-ci et que les juges saisis disposent de tout pouvoir pour contrôler de tels actes et, le cas échéant, prononcer les sanctions qui s'imposent. L'invocation de l'article 9 de la CEDH, ou de dispositions de droit interne équivalentes, est par ailleurs considérée par la Cour comme suffisante pour enclencher le processus de protection (10). Il suit de là qu'il n'est même pas besoin, pour satisfaire au paragraphe 2 de l'article 9, que le pouvoir réglementaire de l'employeur soit encadré par des actes de la puissance publique.

Qu'on le déplore ou non, il faut en tirer les conséquences et considérer que rien ne s'oppose en droit européen à ce que l'employeur exerce à l'égard de ses salariés un pouvoir autonome de réglementation, et donc de restriction, de la liberté religieuse. Pourvu que les actes qu'il prend poursuivent au moins un but légitime.

## II. Question de justification

Le droit interne et le droit européen, spécialement la CEDH, convergent pour exiger que les mesures susceptibles de restreindre la liberté religieuse soient justifiées. Bien évidemment par des motifs qui soient légitimes.

Dans l'affaire *Baby Loup*, le motif décisif, inscrit dans le règlement intérieur litigieux lui-même, est la laïcité. Et toute la question a été, et peut-être reste encore pour certains, de savoir s'il est à la fois acceptable et pertinent.

(7) V. not. l'arrêt *Leyla Sahin*, précité (Université), et les arrêts *Drogu et Kervanci c. France* (2 espèces), req. n° 27058/05 et 31645/04 (établissement d'enseignement secondaire – collège public).

(8) J.-F. Akandji-Kombé, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, coll. « Précis sur les droits de l'homme », n° 7, Ed. du Conseil de l'Europe, 2006.

(9) Arrêt du 15 janvier 2013, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

(10) Position constante désormais. V. aussi, dans le même sens, l'arrêt *Siebenhaar c. Allemagne* du 3 fév. 2011 (req. n° 18136/02) où la Cour a jugé « qu'en mettant en place un système de juridictions du travail ainsi qu'une juridiction constitutionnelle compétente pour contrôler les décisions rendues par celles-ci, l'Allemagne a en principe respecté ses obligations positives à l'égard des justiciables dans le domaine du droit du travail, domaine où les litiges peuvent toucher les droits découlant de l'article 9 de la Convention ».

À vrai dire, si l'on s'en tient à l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars, la réponse est négative et le débat clos durablement, sauf disposition contraire d'une loi à venir incertaine. De fait, la Chambre sociale, s'agissant des entreprises privées ne gérant pas un service public, a expressément et de la manière la plus ferme exclu l'application du principe de laïcité. Sur ce point précis, ainsi que l'a relevé une doctrine juridique quasi unanime, il y a d'ailleurs une belle unité des jurisprudences administrative et judiciaire qui ne peut qu'inciter à fermer le ban.

Mais peut-être conviendrait-il de ne pas le fermer tout à fait sans avoir évoqué un point de droit qui est quelque peu resté dans l'ombre jusqu'à présent et qui, pour peu qu'il soit mal interprété, pourrait venir ébranler l'édifice qu'on avait cru bien planté. Il s'agit de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme dont il résulte que la laïcité est un droit fondamental. Dans sa décision QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*, le juge constitutionnel a en effet considéré que « le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit » (11). S'agissant de la Cour européenne, elle a jugé dans son arrêt du 18 mars 2011, relatif à l'affaire dite du crucifix, *Lautsi c. Italie*, que « les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le « degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » requis pour qu'il s'agisse de « convictions » au sens des articles 9 de la Convention et 2 du Protocole n° 1 », et dans lesquels « il faut voir des « convictions philosophiques » au sens de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1 » (12). À s'en tenir à cette qualification de droit ou de liberté fondamentale, il pourrait être considéré que la laïcité est protégée à l'égal des autres droits et libertés, dont la liberté religieuse ; mais surtout que, tout comme cette dernière, elle aurait vocation à bénéficier à toute personne, en ce comprises les personnes morales, même de droit privé. De sorte que rien ne s'opposerait à ce qu'une entreprise privée, qu'elle gère ou non un service public, s'en prévale vis-à-vis de son personnel et des tiers. Au total, à suivre ce raisonnement, c'est la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 19 mars qui serait frontalement remise en cause, et la thèse des entreprises de tendance

laïque (13) que la Haute juridiction judiciaire a écartée qui se verrait réhabilitée.

Il faudrait s'en garder pourtant. Car la décision du Conseil constitutionnel, pas plus que l'arrêt de la Cour européenne, ne permettent de soutenir pareille proposition.

S'agissant de la première, la qualification de droit fondamental n'y apparaît guère comme antithétique de la conception de la laïcité qui a prévalu jusqu'alors, selon laquelle celle-ci est avant tout un caractère de l'État et des collectivités publiques, tenus à une stricte obligation de neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances (14). C'est à cette dimension, et à cette dimension seulement, que se ramènent les implications du droit fondamental consacré par la décision QPC du 21 février 2013. « Il en résulte », souligne en effet le juge constitutionnel, « la neutralité de l'État ; il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte » (15). Il suit de là que les titulaires du « droit » ne sauraient en revendiquer l'exercice pour eux-mêmes, c'est-à-dire se prévaloir de prérogatives que leur conférerait la laïcité dans le commerce juridique avec d'autres personnes privées. Bref, ils ont droit seulement à ce que l'État et les autres collectivités publiques ne se dépouillent pas de leur neutralité.

Il importe de souligner que cette proposition est parfaitement conciliable avec l'autre solution consacrée dans l'arrêt *CPAM de Seine Saint Denis* (16) rendu le même jour par la Chambre sociale. En effet, dire que les entreprises privées gérant ou exploitant un service public sont soumises au principe de laïcité, c'est moins affirmer l'opérabilité de ce principe dans des rapports strictement privés que rappeler que de quelque manière que la personne publique agit, directement ou par l'entremise d'une autre personne, elle est toujours tenue par son obligation de neutralité. Car si la raison d'être de la jurisprudence CPAM est bien le service public, il ne faut pas perdre de vue que celui-ci se définit dans le présent contexte comme activité d'intérêt général gérée sous le contrôle d'une personne

(11) Décision n° 2012-297 QPC, § 5. Pour un commentaire, v. A. Roblot-Troizier : « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2013, p. 663.

(12) Arrêt du 18 mars 2011, req. n° 30814/06, § 58.

(13) Sur cette thèse, v. F. Gaudu : « La religion dans l'entreprise », *Droit social* 2010, p. 65 ; ainsi que, du même auteur, « Droit du travail et religion », *Droit social* 2008, p. 959 ; « L'entreprise de tendance laïque », *Droit social* 2011, p. 1186.

(14) V. not. CE, *Réflexions sur la laïcité*, Rapport public 2004, spéc. p. 272 et s. ; et, dans une littérature plutôt foisonnante, le récent et très intéressant article de J. Morange : « Le « mystère » de la laïcité française », *RDP* 2013, p. 507.

(15) Décision précitée, § 5.

(16) PBRI, pourvoi n° 12-11.690. Sur cet arrêt, le lecteur se reportera utilement aux publications référencées en note 2.

publique. Ces deux éléments, le matériel (intérêt général) et l'organique (présence d'une personne publique ou nécessité d'un lien de rattachement à celle-ci), qui forment traditionnellement la définition du service public, doivent être présents pour qu'une activité mérite cette qualification (17), et pour que la laïcité s'invite dans les rapports juridiques liés à l'exécution du service. Il ne suffit donc pas, comme on a pu le soutenir parfois (18), que l'activité soit dite – et d'ailleurs par qui (19) ? – d'intérêt général. Au total, la jurisprudence constitutionnelle en son état le plus récent viendrait plutôt en soutien de l'arrêt *Baby Loup* pour ce qui concerne le champ d'application du principe de laïcité.

Une conclusion similaire paraît devoir s'imposer s'agissant de la prise de position de la Cour européenne, pour peu qu'on la replace dans son contexte jurisprudentiel global.

Il est, à cet égard, à observer tout d'abord que la Cour ne s'est encore jamais prononcée sur une affaire mettant en jeu la laïcité dans les rapports entre personnes privées. Dans tous ses arrêts pertinents, la question de l'application de ce principe se pose plutôt dans les rapports avec l'État ou avec des établissements publics. Au surplus, l'affaire *Lautsi* dans laquelle la Cour a posé cette affirmation de la fondamentale de la laïcité

concernait plus précisément l'éducation des jeunes et avait été placée par la Cour, non pas sur le terrain de l'article 9 de la Convention, c'est-à-dire de la liberté de pensée, de conscience et de religion, mais plutôt sur celui de l'article 2 du protocole n° 1 qui protège le droit à l'instruction, terrain où les convictions religieuses et philosophiques – celles des parents – ne sont pas en tant que telles l'objet d'une protection directe, mais seulement des facteurs permettant de restreindre la liberté d'organisation de l'enseignement par l'État (20).

Il doit être relevé ensuite que, d'une manière générale, pour la Cour européenne, la laïcité relève des conceptions politico-sociales que les États sont libres d'adopter, et qui ne sont pas nécessairement partagées par toutes les parties à la Convention européenne des droits de l'homme. C'est du reste ce qui explique la large marge d'appréciation, sur laquelle on reviendra plus loin, reconnue aux États en la matière (21).

Ce contexte général commande un minimum de circonspection lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de l'affirmation de la laïcité comme droit protégé par la Convention. Doit-il être considéré que toute personne, en ce compris l'employeur privé, peut, au nom de son « droit à la laïcité », restreindre la liberté religieuse d'autrui ? On ne saurait le soutenir raisonnablement sans considérer que la Convention impose elle-même

(17) En ce sens, R. Schwartz, *op. cit.*, note 2. Ce n'est pas lieu ici de se livrer à de longues considérations sur la notion de « service public ». Il importe cependant de rappeler et d'insister sur le fait qu'il est constant en jurisprudence administrative qu'elle se définit essentiellement et cumulativement par ces deux critères, auquel est ajouté parfois le critère, toujours discuté, de la détention de prérogatives de puissance publique. Le jeu de ces critères est ainsi formulé dans la jurisprudence récente : « *Considérant, en premier lieu, qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » (souligné par nous), not. CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés - APREI*, n°264541 ; 25 juillet 2008, *Commissariat à l'énergie atomique*, n° 280163.

(18) Il est tout aussi constant qu'en l'état actuel du droit public le caractère d'intérêt général d'une activité n'est pas une donnée objective, identifiable à partir de critères qui le seraient à leur tour. Malgré les tentatives d'objectivation de la doctrine, le critère décisif de l'intérêt général reste en droit français la volonté du législateur. Autrement dit une activité ne peut être regardée comme d'intérêt général que si elle a été voulue comme tel par ce dernier, explicitement (qualification directe) ou implicitement (établissement par indices). Ainsi, tout intérêt collectif ne constitue nécessairement un intérêt général V. sur cette question,

centrale en droit public, le *Rapport public 1999 du Conseil d'Etat*, consacré à des « Réflexions sur l'intérêt général », et qui conserve toute son acuité.

(19) En ce sens, v. l'avis du Haut Conseil de l'Intégration du 1<sup>er</sup> septembre 2011, ainsi que X. Dupré de Boulois, *op. cit.*, note 2.

(20) L'article 2 du Protocole n° 1 est en effet ainsi rédigé : « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ». La Cour en déduit que « *l'expression « convictions philosophiques » vise des convictions qui méritent respect dans une « société démocratique », ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et, de plus, ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction, la première phrase de l'article 2 (P1-2) dominant l'ensemble de cette disposition* » (souligné par nous ; Cour EDH, *Campbell et Cosans c. Royaume Uni*, req. n° 7511/76 et 7743/76, § 36).

(21) Selon la Cour, « *Lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de la réglementation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement, où, en Europe, les approches sur cette question sont diverses. La réglementation en la matière peut par conséquent varier d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public* » (Cour EDH, 4 décembre 2008, *Kervanci c. France et Dogru c. France* – 2 espèces – aff. n° 31645/04 et n° 27058/05, § 63 ; et dans le même sens, l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*, du précité, §§ 108-109).

la laïcité comme principe global de fonctionnement de la société et sans saper en son fondement l'idée même de marge nationale d'appréciation chère à la Cour lorsqu'il s'agit de choisir le modèle d'interaction, dans un pays donné, entre État, société et religion. Or, il est plus que douteux que la Cour européenne ait entendu aller jusque-là.

En revanche, on doit observer que la même juridiction considère traditionnellement que la liberté religieuse telle qu'elle est protégée par l'article 9 impose à l'État d'adopter une certaine posture, faite de neutralité et d'impartialité. En effet, ainsi qu'il est rappelé dans l'arrêt *Lautsi*, « *Les États ont pour mission de garantir, en restant neutres et impartiaux, l'exercice des diverses religions, cultes et croyances. Leur rôle est de contribuer à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique, notamment entre groupes opposés* » (22). Il y a là une obligation de l'État, pris en tous ses organes, ses agents et ses composantes aussi bien territoriales que fonctionnelles (les établissements publics). Et une obligation de l'État seul. Si on peut y voir l'affirmation d'un principe de laïcité qui ne dit pas son nom (23), force est cependant d'observer qu'ainsi formulé, il se conçoit non pas comme facteur de limitation de la liberté religieuse, mais plutôt comme moyen d'assurer son épanouissement à travers un exercice qui soit le moins contraint possible par les personnes intéressées.

Que la laïcité doive ainsi être exclue, en l'état actuel

du droit, des motifs pouvant légitimer une restriction de la liberté religieuse dans l'entreprise privée (24) ne signifie en aucune manière que celle-ci s'exercerait sans borne dans ce contexte. C'est un fait que, ni en droit européen, ni en droit interne, cette liberté ne se présente comme absolue.

De fait, à lire les arrêts rendus sur cette affaire, différentes justifications ont pu être avancées. Pour la Cour d'appel, il s'agissait de l'intérêt des enfants, lesquels, « *compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse* ». Pour la Cour de cassation, reprenant à son compte les exigences de l'article L. 1321-3, 3° du Code du travail en matière de règlement intérieur, c'est la nature de la tâche. À vrai dire les deux motifs ne s'excluent pas nécessairement, et on peut concevoir que la nature de la tâche englobe l'intérêt des enfants. Un autre motif, assez peu sollicité en l'espèce il est vrai, pourrait consister dans le respect de la liberté religieuse ou de la liberté de conscience d'autrui ou dans le respect de tout autre droit et liberté de ce dernier. Et même s'il ne trouve pas d'assise aussi nette en droit européen qu'en droit interne, la liberté d'entreprendre de l'employeur pourrait aussi être mobilisée.

Il ne fait guère de doute que la poursuite de chacun de ces derniers objectifs serait légitime, pourvu que la mesure restrictive qu'ils soutiennent soit limitée à ce qui est strictement nécessaire pour les atteindre.

### III. Question de proportionnalité

C'est en définitive sur ce terrain que devrait se jouer dorénavant le sort du contrôle judiciaire dans l'affaire *Baby Loup*. L'exigence de proportionnalité s'impose en l'occurrence en vertu tant du droit interne que du droit européen. Elle est au cœur des différentes décisions rendues par les juridictions du fond à ce jour, et surtout

de l'arrêt de la Chambre sociale du 19 mars. On se souvient en effet qu'il y est jugé que « *les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante* », mais surtout qu'elles doivent être « *proportionnées au but*

(22) § 60 de l'arrêt.

(23) Un auteur faisait observer justement à ce propos que la laïcité à la française' « *laisse subsister une interrogation, souvent formulée par des juristes étrangers : pourquoi qualifier la République française de laïque, si cela signifie seulement qu'elle est neutre et impartiale puisque tel est également le cas des États libéraux qui ne se proclament pas, pour autant, laïcs ?* » (J. Morange, *op. cit.*, note 2).

(24) Elle doit l'être au surplus au regard du droit de l'Union européenne pour la raison que, à supposer que l'on s'engage dans la voie d'une reconnaissance des entreprises de tendance laïque – ce qui est déjà difficilement envisageable au regard des données juridiques évoquées ci-dessus – une telle reconnaissance se heurterait directement à la clause de *standstill* contenue dans l'article 4 § 2 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ainsi rédigée : « *Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur*

*à la date d'adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette différence de traitement doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif* » (souligné par nous). Pour la position de la Cour de cassation à l'égard de la doctrine de l'entreprise de tendance laïque, qui mérite entière approbation, v. J.-G. Huglo, *op. cit.*, note 2.

recherché » et que « la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail ». Le contrôle ainsi requis est désormais classique (25) et s'apparente assez, cela a été souligné, au contrôle des mesures de police administrative par le juge administratif. Sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme, l'arrêt *Eweida* (26) fournit de précieuses indications sur la manière de le conduire.

Il appartient en principe aux juges du fond d'exercer ce contrôle sous le regard sourcilieux de la Cour de cassation. La tâche est *a priori* une des plus délicates. Mais en l'espèce on ne voit pas le juge de renvoi, après l'arrêt du 19 mars, procéder à un entier examen de proportionnalité. Il ne pourra en effet faire autrement que d'écarter les dispositions du règlement intérieur de la crèche Baby Loup dont la Cour de cassation a déjà dit qu'elles étaient générales et imprécises.

Cela laisserait néanmoins pendantes des questions pourtant intéressantes que le juge aurait eu à trancher. En se plaçant sur le terrain de la conciliation de la liberté religieuse de la salariée avec la protection des enfants, on peut ainsi s'interroger, par exemple, sur la place à accorder au comportement de celle-ci à l'égard des enfants dans l'accomplissement de ses missions ? Faudrait-il ou non rechercher si ce comportement est ou non prosélyte, ou doit-on se contenter, comme les premiers juges l'ont fait, d'inférer une pression sur les enfants à partir du simple port du voile ? Par ailleurs, pour apprécier l'éventuelle influence du vêtement porté par la salariée sur les enfants, doit-on ou ne doit-on pas prendre en compte leur environnement de vie global, et notamment le fait que l'affaire se passe à Chanteloup-Les-Vignes, localité qui, ainsi que le faisait valoir la salariée devant le Conseil de prud'hommes, est « habitée essentiellement par des personnes immigrées ou issues de l'immigration, principalement du Maghreb et d'Afrique noire », et où « les enfants sont accoutumés à voir un bon nombre de leurs proches porter un foulard » ?

Les partisans d'un contrôle minimal du juge pourraient être tentés d'invoquer le principe d'égalité pour dénoncer la différence de traitement entre les enfants de la crèche considérée et ceux qui seraient inscrits dans des établissements de même type dans

des villes ou des quartiers moins sujets aux brassages de population. L'argument ne tiendrait cependant guère. L'adaptation aux situations réelles et aux « circonstances locales » est le propre de la mise en œuvre de la proportionnalité. Cela vaut aussi bien pour le règlement intérieur au regard des droits et libertés que pour les mesures de police administrative dans la même perspective (27).

Ils invoqueront sans doute aussi, comme le fit l'Avocat général dans son avis sur le pourvoi en cassation (28), la décision d'irrecevabilité rendue par la Cour EDH le 15 février 2001 dans l'affaire *Dahlab c. Suisse* (29), dans laquelle le foulard porté par une institutrice ayant en charge des enfants de cinq à huit ans est considéré comme « un signe extérieur fort » dont l'interdiction est justifiée. Il importerait alors de ne pas oublier que la Cour n'a pas statué dans cette affaire en considération du seul port du voile. Ont été aussi déterminants pour elle d'autres facteurs relevés par les juridictions internes, dont « la nature même de la profession d'enseignant de l'école publique, détenteur de l'autorité scolaire et représentant de l'État » et « la nécessaire protection, dans une société démocratique, du droit des élèves de l'enseignement public à recevoir une formation dispensée dans un contexte de neutralité religieuse ».

On ajoutera, sur le point de savoir s'il convient ou non de rechercher si le port du voile s'accompagne d'un comportement susceptible de porter atteinte aux droits d'autrui, que des éléments de la décision *Dahlab* semblent militer pour une réponse plutôt positive. La Cour note en effet dans cette décision que l'enseignante qui s'est vue interdire le voile islamique l'avait porté pendant plusieurs années auparavant sans que les autorités scolaires et les parents réagissent. Elle en conclut que cela « porte à croire qu'il n'y avait rien à dire pendant cette période sur le contenu ou sur la qualité de l'enseignement donné par la requérante qui apparemment ne cherchait pas à tirer un bénéfice quelconque de la manifestation extérieure de sa croyance religieuse ». De là à penser qu'aux yeux de la juridiction européenne la prise en compte de l'attitude générale de l'intéressée à l'occasion de l'exécution de ses missions est indispensable il n'y a qu'un pas, que les circonstances de l'espèce ont amené la Cour à ne pas sauter, mais qu'il serait loisible au juge interne d'enjamber dans l'intérêt d'une protection exigeante de la liberté religieuse.

(25) Il puise sa source, comme on sait, dans le fameux arrêt *Société Peintures Corona* du Conseil d'Etat (CE sect., 1er févr. 1980, n° 06361, Rec. Lebon, p. 59, Dr. Ouv. 1980 p. 211).

(26) Arrêt précité, note 9.

(27) C'est ainsi que les interdictions générales et impersonnelles sont prohibées en matière de police administrative, et qu'il

est permis aux autorités de police locale, dans les situations où il existe une réglementation de police pour l'ensemble du territoire, de prendre des mesures plus strictes dans leur circonscription lorsque les circonstances locales le justifient.

(28) Avis publié au *Recueil Dalloz* 2013, p. 956.

(29) Requête n° 42393/98.

Tout cela paraît militer, pour l'avenir, en faveur d'un contrôle étendu de la proportionnalité des mesures tendant à restreindre cette liberté dans les entreprises privées étrangères à la gestion d'un service public. Et ce d'autant plus qu'avec la jurisprudence *Eweida*, ainsi qu'il a été vu précédemment, c'est le juge

et non le législateur qui est érigé en gardien de la liberté religieuse dans ce type d'entreprises ; de sorte qu'une carence de sa part entraînerait à elle seule manquement de l'Etat à ses obligations positives en matière de liberté religieuse.

Jean-François Akandji-Kombé

## LIBERTES ET DROITS FONDAMENTAUX Liberté religieuse – Restriction – Pouvoir de direction – Limites – 1° Principe de laïcité – Exclusion – Organisme de droit privé ne gérant pas un service public – 2° Règlement intérieur – Contenu.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 19 mars 2013

L. contre Association Baby Loup (pourvoi n°11-28.845)

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

**Vu les articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;**

**Attendu que le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail ; qu'il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ;**

**Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, suivant contrat à durée indéterminée du 1er janvier 1997, lequel faisait suite à un emploi solidarisé du 6 décembre 1991 au 6 juin 1992 et à un contrat de qualification du 1er décembre 1993 au 30 novembre 1995, Mme L. épouse A. a été engagée en qualité d'éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et halte-garderie gérée par l'association Baby Loup ; qu'ayant bénéficié en mai 2003 d'un congé maternité suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008, elle a été convoquée par lettre du 9 décembre 2008 à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, et licenciée le 19 décembre 2008 pour faute grave aux motifs notamment qu'elle avait contrevenu aux dispositions du règlement intérieur de l'association en portant un voile islamique ; que, s'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses, Mme L. épouse A. a saisi la juridiction prud'homale le 9 février 2009, à titre principal, en nullité de son licenciement ;**

**Attendu que, pour dire le licenciement fondé et rejeter la demande de nullité du licenciement, l'arrêt retient que les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle, que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle**

**que soit leur appartenance culturelle ou religieuse, que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse, que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, lequel, au titre des règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association, prévoit que le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche, que les restrictions ainsi prévues apparaissent dès lors justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, qu'il résulte des pièces fournies, notamment de l'attestation d'une éducatrice de jeunes enfants, que la salariée, au titre de ses fonctions, était en contact avec les enfants ;**

**Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le règlement intérieur de l'association Baby Loup prévoit que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », ce dont il se déduisait que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;**

Par ces motifs

**Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 octobre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;**

(M. Bailly f.f. prés. - M. Huglo, rapp. - M. Aldigé, av. gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)